

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93466>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.



Verdedigingsrechten in het vooronderzoek in Nederland

In deze bijdrage wordt de potentiële betekenis voor het vooronderzoek van het recht op een eerlijk proces besproken. Voorts komt een scala van uiteenlopende verdedigingsrechten aan de orde die naar Nederlands strafprocesrecht en volgens het EVRM een zekere zelfstandige gelding in het vooronderzoek hebben. Daarbij wordt ook stilgestaan bij de mogelijkheden om deze rechten vanwege strafvorderlijke belangen te beperken. Ten slotte wordt de wenselijkheid van de ontwikkeling naar meer adversarialiteit in deze onderzoeksfase gezien.

1 Inleiding

Verdedigingsrechten kunnen ook in het vooronderzoek een belangrijke bijdrage leveren aan de eerlijkheid ervan en aan de kwaliteit van de bewijsverzameling. In belangrijke mate zijn ze daarvoor zelfs noodzakelijk. Tegelijkertijd impliceert de aard van het strafrechtelijk vooronderzoek – waarin de autoriteiten er immers zelfstandig en eenzijdig voor verantwoordelijk zijn het strafbaar feit doelmatig, doeltreffend en waarheidsgetrouw op te helderen – dat de verdediging daarin geen gelijke positie als de autoriteiten kan hebben. De noodzaak voor een systeem dat mede op een afweging tussen belangen van de verdediging en strafvorderlijke belangen steunt is daarmee een gegeven. In die afweging verdient aandacht dat de mate waarin het vooronderzoek rechten aan de verdachte en zijn raadsman toekent, onvermijdelijk van invloed is op de verhouding tussen het Openbaar Ministerie, de rechter-commissaris en de verdediging. Voor elk van deze betrokkenen telt daarbij dat bevoegdheden niet alleen kansen opleveren, maar al gauw ook verantwoordelijkheden met zich brengen die zich soms tegen het door hen vertegenwoordigde belang kunnen keren.

In deze bijdrage komt een scala van uiteenlopende verdedigingsrechten aan de orde die een zekere zelfstandige gelding in het vooronderzoek hebben en daar in beginsel steeds afdwingbaar zijn of dienen te zijn voor de verdachte. Daarbij wordt gekeken naar zowel het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) als het Nederlandse Wetboek

van Strafvordering. Uiteindelijk biedt deze bijdrage een vrijwel volledig overzicht van verdedigingsrechten die volgens het wetboek in het vooronderzoek gelden.¹ Bovendien zal er waar relevant aandacht zijn voor twee wetsvoorstellen die de positie van de verdediging in belangrijke mate raken: het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris² en het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken³. Deze voorgestelde wetgeving en vooral enige nieuwe jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) laten een ontwikkeling zien die de betekenis van artikel 6 EVRM en de eerlijk-procesbeginselen van vooral adversarialiteit en ‘equality of arms’ voor het vooronderzoek versterken.

Deze ontwikkeling is niet zonder meer vanzelfsprekend. Dat is die niet gezien de inquisitoire aard van het Nederlandse vooronderzoek en dat is die evenmin erop gelet dat artikel 6 EVRM juist op het zittingsonderzoek is gericht. Om die reden is het relevant nader stil te staan bij de vragen hoe het model dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse strafvorderlijke systeem zich verhoudt tot het proceduremodel van artikel 6 EVRM, wat de potentiële betekenis van eerlijk-procesbeginselen voor het vooronderzoek is, in hoeverre artikel 6 EVRM in het vooronderzoek geldt en of het EVRM met opsporingsbelangen rekening houdt. Daarop zal dan ook

1 In het navolgende is uitgegaan van het Wetboek van Strafvordering zoals geldende op 21 december 2010 blijktens www.overheid.nl.

2 *Kamerstukken II*, 32 177.

3 *Kamerstukken II*, 32 468.

worden ingegaan alvorens aan de bespreking van de concrete verdedigingsrechten toe te komen. In de afsluiting van deze bijdrage ga ik in op de positie van de verdediging in een meer adversarieel vooronderzoek.

2 Het Nederlandse proceduremodel en artikel 6 EVRM

Het model dat ten grondslag ligt aan de Nederlandse strafprocedure (vooronderzoek en onderzoek ter terechtzitting) is wezenlijk anders dan het proceduremodel dat de basis vormt van artikel 6 EVRM. Hoezeer ook de strafprocedure in Nederland de afgelopen jaren accentverschuivingen heeft ondergaan – denk aan de invoering van de sterk inquisitoire procedure van vervolging door een strafbeschikking (artt. 257a-257h Sv) en het juist wat adversariëler geworden hoger beroep – als geheel genomen is deze nog altijd vooral inquisitoir van aard.⁴ Dat geldt des te meer voor het voorbereidend onderzoek. Daarin is van accusatoriteit (gelijkwaardigheid van procesposities voor Openbaar Ministerie en verdediging) en adversarialiteit (het naar voren brengen door het Openbaar Ministerie en de verdediging van het eigen perspectief op de zaak en het elkaar tegenspreken) hooguit op onderdelen in beperkte mate sprake. In beginsel is de verdachte in het vooronderzoek onvrijwillig voorwerp van onderzoek, terwijl hij daarin voor het instigeren en beïnvloeden van onderzoekshandelingen doorgaans afhankelijk is van de autoriteiten (zie o.a. de huidige mini-instructie in art. 36a e.v. Sv, en de in Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris ter vervanging daarvan voorgestelde regeling ‘onderzoek door de rechter-commissaris’, i.h.b. artt. 182 en 183 voorstel-Sv⁵). Daarbij komt dat de nadruk in de Nederlandse strafprocedure op het vooronderzoek ligt doordat het onderzoek ter terechtzitting en de daaruit voortvloeiende einduitspraak doorgaans in sterke mate steunen op de inhoud van het in het vooronderzoek tot stand gebrachte procesdossier.

Hierin toont zich ook het belangrijkste verschil met het – sterk op de ‘common law’-traditie leunende⁶ – proceduremodel van artikel 6 EVRM. Deze bepaling richt zich immers op het onderzoek ter terechtzitting en impliceert daarmee in feite dat die fase van de strafprocedure voor het onderzoek en de uitkomst van het geding het meest cruciaal behoort te zijn. In lijn daarmee hanteert het EHRM als uitgangspunt

dat al het bewijs in de aanwezigheid van de verdachte tijdens een openbare zitting moet worden geproduceerd.⁷ Daarmee is dan meteen ook het onmiddellijkheidsbeginsel geformuleerd. Naast dat beginsel gelden voor het zittingsonderzoek nog drie andere – met elkaar samenhangende – uitgangspunten: bij dat onderzoek dient tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging van ‘equality of arms’ sprake te zijn,⁸ het onderzoek zal een adversarieel karakter moeten hebben⁹ en de verdediging moet effectief in het onderzoek kunnen participeren¹⁰. Interessant is dat op zichzelf slechts weinige in artikel 6 EVRM opgenomen rechten expliciet tot onmiddellijkheid, ‘equality of arms’ en adversarialiteit dwingen. Dat is nog het duidelijkst wel het geval bij het recht om getuigen te (doen) ondervragen en te (doen) oproepen (lid 3 sub d) en het recht om zich zelf te (doen) verdedigen (lid 3 sub c). Dat deze beginselen desondanks uit artikel 6 volgen of daaruit althans worden afgeleid, bevestigt nog eens dat deze bepaling en het EHRM van een ander proceduremodel dan het Nederlandse uitgaan. Dat is niet zonder belang zoals in het navolgende zal blijken.

3 De potentiële betekenis van eerlijk-procesbeginselen voor het vooronderzoek

Gelet op het primaat dat artikel 6 EVRM bij het zittingsonderzoek legt, is het niet verwonderlijk dat deze bepaling de verdediging veel minder rechten in het vooronderzoek biedt dan het Nederlandse strafprocesrecht verschaft. Tegelijkertijd is het echter niet zo dat het Nederlandse strafprocesrecht de verdediging tijdens het vooronderzoek datgene biedt wat het tijdens het Nederlandse onderzoek ter terechtzitting moet missen doordat de beginselen van onmiddellijkheid, ‘equality of arms’ en adversarialiteit daar een minder prominente rol

4 Zie nader: B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 35-41.

5 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet), nr. 3, p. 15-16 (MvT), en nr. 7 (Nota van wijziging).

6 Zie F. Pinar Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 71-78.

7 EHRM 6 december 1988, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, Appl. 10590/83, par. 78, en voorts bijv.: EHRM 28 september 2010, *A.S. v. Finland*, Appl. 40156/07, par. 53. Zie o.a. ook EHRM (GK), 23 november 2006, *Jussila v. Finland*, Appl. 73053/01, par. 40. *NTM (NJCM-Bul.)* 2007, p. 167 e.v., m.nt. F.M.J. den Houdijker.

8 EHRM 23 januari 1996, *Balut v. Austria*, Appl. 17358/90, par. 47-50, en voorts o.a.: EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98, par. 46 (zie ook 47), *NTM (NJCM-Bul.)* 2005, p. 316 e.v., m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen; EHRM (GK) 27 november 2008, *Salduz v. Turkey*, Appl. 36391/02, par. 53, *NJ* 2009, 214, *NTM (NJCM-Bul.)* 2009, p. 882 e.v., m.nt. B. Stapert.

9 EHRM 6 december 1988, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, Appl. 10590/83, par. 78, en voorts o.a.: EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98, par. 46 (zie ook 47), *NTM (NJCM-Bul.)* 2005, p. 316 e.v., m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen; EHRM 28 september 2010, *A.S. v. Finland*, Appl. 40156/07, par. 53.

10 EHRM 23 februari 2008, *Stanford v. the United Kingdom*, Appl. 16757/90, par. 26, en voorts bijv.: EHRM 22 april 2010, *Sevastyanov v. Russia*, Appl. 37024/02, par. 70; EHRM 26 november 2009, *Dolenec v. Croatia*, Appl. 25282/06, par. 206.

toekomst dan waarvan artikel 6 EVRM uitgaat. Op zichzelf ligt dat voor de hand. De genoemde beginselen zijn immers primair op het zittingsonderzoek gericht. Bovendien staan ze veelal op gespannen voet met het vooronderzoek, dat eerst en vooral in doelmatige, doeltreffende en waarheidsgetrouwe opheldering van het strafbare feit dient te resulteren.

De primaire gerichtheid op het zittingsonderzoek blijkt nog het duidelijkst voor het onmiddellijkheidsbeginsel. Het zittingsonderzoek is immers nu eenmaal de fase waarin al het bewijsmateriaal bijeen kan komen, in zijn totale samenhang kan worden beoordeeld en vervolgens de basis voor de einduitspraak kan vormen. Dat betekent niet dat het onmiddellijkheidsbeginsel geen rol kan spelen in het vooronderzoek. Het is immers in overeenstemming met de strekking van dit beginsel indien de verdediging en het Openbaar Ministerie zo veel mogelijk de gelegenheid krijgen aanwezig te zijn bij de bewijsverzameling in het vooronderzoek, zoals bij het onderzoeken van de plaats delict, doorzoekingen, het horen van getuigen en het instrueren van deskundigen. Ook de mogelijkheid tot fysieke aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor van de verdachte zou zo in feite een tegemoetkoming aan het onmiddellijkheidsbeginsel opleveren. Het op dergelijke manieren betrekken van de verdediging in het vooronderzoek kan heel goed aan de kwaliteit van het vooronderzoek bijdragen. Maar evenzeer geldt dat dit gemakkelijk opsporingsbelangen kan doorkruisen (bijvoorbeeld risico voor collusie), in die fase nog feitelijk onmogelijk kan zijn (bijvoorbeeld indien er nog geen concrete verdachte is op het moment dat de opsporingshandelingen plaatsvinden) en het vooronderzoek minder doelmatig kan maken (het waar mogelijk automatisch betrekken van de verdediging bij onderzoekshandelingen zal het vooronderzoek al gauw stroperiger maken en in duur kunnen doen toenemen). Ook voor 'equality of arms', dat in wezen nog altijd vooral een civiel procesrechtelijk beginsel is, geldt dat dit onmogelijk echt substantiële betekenis in het vooronderzoek kan krijgen. In elk strafprocesueel stelsel – ook wanneer deze zeer adversarieel van aard zijn zoals in bijvoorbeeld de Verenigde Staten geldt¹¹ – is de verdachte in het vooronderzoek toch gedwongen voorwerp van onderzoek door de autoriteiten, terwijl diezelfde autoriteiten zoals opgemerkt eenzijdig de verantwoordelijkheid voor de opsporing dragen. Van 'gelijkheid' of zelfs van 'gelijke wapenen' kan daardoor niet daadwerkelijk sprake zijn. Toch kan het beginsel wel degelijk gewicht in het vooronderzoek hebben. Voor

zover de verdediging bijvoorbeeld verzamelde informatie en processtukken kan inzien, het geheel aan onderzoeksverrichtingen en bevindingen kan overzien en de mogelijkheid heeft onderzoekshandelingen te instigeren en de gerichtheid en reikwijdte ervan mede te bepalen, verstevigt dit de 'equality of arms' in het vooronderzoek.

Om dezelfde redenen waarom onmiddellijkheid en 'equality of arms' tijdens het vooronderzoek niet volledig tot uitdrukking kunnen komen, kan het vooronderzoek evenmin daadwerkelijk adversarieel van aard zijn. Dat neemt niet weg dat binnen het vooronderzoek wel degelijk in tegenspraak kan worden voorzien. Zo kan men bijvoorbeeld tot uitgangspunt nemen dat de verdediging zoveel mogelijk wordt gehoord alvorens een beslissing over toepassing van (niet-heimelijke) dwangmiddelen wordt genomen. Bovendien komt dit net als de doorvoering in het vooronderzoek van de andere hier besproken beginselen tegemoet aan het beginsel van effectieve participatie. Enigszins ervan geabstraheerd dat ook dit beginsel vooral op het hoofdonderzoek betrekking heeft, vereist het dat de verdachte bij cruciale proceshandelingen een mogelijkheid tot participatie heeft. Daartoe dient hij onder meer daarbij aanwezig te kunnen zijn, deze te kunnen verstaan en volgen, daaromtrent aantekeningen te kunnen maken en daarbij over juridische bijstand te kunnen beschikken.¹²

4 Uitstraling van het recht op een eerlijk proces over het vooronderzoek: de 'Imbrosia-regel' en de 'procedure as a whole'

De eerlijk-procesbeginselen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM zijn in elk geval in potentie deels van belang voor het vooronderzoek. Die relevantie kan er in zoverre zijn vanaf het moment dat sprake is van een 'criminal charge'.¹³ Hiervoor bleek niettemin dat het recht op een eerlijk proces zich op het proces ter terechtzitting richt. Deze spanning tussen de feitelijke relevantie van eerlijk-procesbeginselen en de juridische reikwijdte van het recht op een eerlijk proces komt goed tot uitdrukking in de jurisprudentie van het EHRM. Dat verklaart artikel 6 EVRM niet volledig van toepassing op het vooronderzoek terwijl het daaraan evenmin volledig de bescherming van de bepaling onthoudt. In de zaak-*Imbrosia*

11 Zie bijvoorbeeld de strafrechtspleging in de VS zoals beschreven en vergeleken met Nederland in Aya Gruber, Vicente de-Palacios & Piet Hein Van Kempen, *Comparative Criminal Procedure: United States, Argentina, and the Netherlands*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press (verschijnt 2011).

12 Zie bijv. EHRM 23 februari 2008, *Stanford v. the United Kingdom*, Appl. 16757/90, par. 26 (aanwezigheid, horen en volgen); EHRM 26 november 2009, *Dolenec v. Croatia*, Appl. 25282/06, par. 206 (aantekeningen maken); EHRM 18 maart 2008, *Piroğlu and Karakaya v. Turkey*, Appl. 36370/02, par. 35 (juridische bijstand).

13 Zie voor de criteria om te bepalen of sprake is van een 'criminal charge' o.a. EHRM 8 juni 1976, *Engel v. the Netherlands*, Appl. 5100/71, par. 82-83, *NJ* 1978, 223 (m.b.t. 'criminal'); EHRM 10 december 1982, *Corigliano v. Italy*, Appl. 8304/78, par. 34 (m.b.t. 'charge').

overweegt het EHRM wat inmiddels als vaste rechtspraak geldt (vertaald): ‘de eisen uit artikel 6 – in het bijzonder die uit het derde lid – kunnen ook relevant zijn voordat een zaak ter zitting komt indien en voor zover door de niet naleving ervan in die fase de eerlijkheid van het proces waarschijnlijk serieus zal worden ondermijnd’.¹⁴

Kortom: binnen deze tamelijk strenge voorwaarden en slechts dan heeft het recht op een eerlijk proces betekenis voor het vooronderzoek. Maar zoals verderop nader aan de orde komt, wijst de zogenoemde *Dayanan*-jurisprudentie erop dat het EHRM deze meer strenge invalshoek enigszins zal loslaten en langzamerhand meer een autonome betekenis van artikel 6 EVRM in het vooronderzoek zal gaan erkennen. Vooralsnog is de *Imbrosia*-regel evenwel bepalend. In elk geval voor artikel 6-rechten die niet zelfstandig tijdens het vooronderzoek gelden zal die dat waarschijnlijk ook blijven. De uiteindelijke relevantie van de *Imbrosia*-regel voor een strafrechtstelsel is afhankelijk van de wijze waarop een staat de verhouding tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting in de strafrechtspleging heeft geregeld. Wanneer het onderzoek ter terechtzitting zoals in Nederland sterk voortbouwt op het vooronderzoek, zal de betekenis van het recht op een eerlijk proces voor dat vooronderzoek groter zijn dan wanneer sprake is van een zittingsonderzoek dat een hoge mate van adversarialiteit en onmiddellijkheid kent.

Naast het in *Imbrosia* gestelde is daartoe van belang dat het EHRM bij de beoordeling of in een strafzaak al dan niet sprake is van een schending van artikel 6 EVRM het strafvorderlijke traject in de zaak ‘in zijn geheel’ beziet (‘the procedure as a whole’, ‘the proceedings in their entirety’).¹⁵ Daarbij kijkt het ook naar de wijze waarop het bewijsmateriaal is verzameld en of de verdachte de mogelijkheid heeft gekregen om de betrouwbaarheid en het gebruik ervan aan te vechten.¹⁶

De ‘procedure as a whole’-regel werkt – ook voor de verdediging – twee kanten op. Enerzijds houdt deze in dat artikel 6 EVRM niet alleen van toepassing is op het zittingsonderzoek in eerste aanleg, maar in beginsel ook op de fase in

hoger beroep¹⁷ en cassatie¹⁸ en zoals gezegd op het vooronderzoek. Dit kan betekenen dat een tekortkoming in het vooronderzoek zo fundamenteel is dat een eerlijk strafgeding in het verlengde daarvan nog slechts mogelijk is wanneer de tekortkoming wordt gecompenseerd of geredresseerd. In bijvoorbeeld het geval van schending in het vooronderzoek van het zwijgrecht betekent dit dat daarmee verkregen verklaringen van de verdachte niet meer voor het bewijs kunnen worden gebruikt zonder schending van artikel 6 EVRM.

Overigens ziet het ernaar uit dat geen enkel soort tekortkoming in het vooronderzoek per definitie in de weg staat aan een eerlijk proces. Zelfs bij foltering in de zin van artikel 3 EVRM van de verdachte kan daarna nog sprake zijn van een eerlijk proces indien de eventueel daardoor verkregen verklaringen maar van het bewijs worden uitgesloten.¹⁹

Dit illustreert meteen ook de andere kant van de ‘procedure as a whole’-benadering: deze impliceert dat het Hof niet oordeelt op basis van een geïsoleerde toets van slechts een bepaald aspect of een bepaald incident in de procedure.²⁰ Door de procedure daarentegen als geheel te toetsen, kunnen tekortkoming in een bepaald stadium van de procedure compensatie vinden in een andere fase (bijvoorbeeld het niet kunnen horen van getuigen ter terechtzitting wordt gecompenseerd door het wel kunnen horen van de getuigen in het vooronderzoek) of op een later moment worden geredresseerd (bijvoorbeeld bewijsuitsluiting na inbreuk op zwijgrecht in vooronderzoek). Uiteindelijk beperkt dit de betekenis van het recht op een eerlijk proces voor het vooronderzoek dus weer.

Door de ‘procedure as a whole’ te toetsen biedt het EHRM staten met meer inquisitoire strafsystemen zoals het Nederlandse ondertussen ook de mogelijkheid om binnen dat systeem invulling te geven aan het op het adversarieel proceduremodel gebaseerde artikel 6 EVRM. Het gevolg van die benadering is ook dat deze bepaling veel minder dan de tekst ervan vooronderstelt voorschrijft volgens welke structuur de strafprocedure dient te verlopen. In feite biedt het EHRM de staten hiermee dus een flinke en aanvankelijk niet te verwachte ruimte (‘margin of appreciation’) om beperkte uitvoering te geven aan de beginselen van onmiddellijkheid, ‘equality of arms’, adversarialiteit en effectieve participatie.

14 EHRM 24 november 1993, *Imbrosia v. Switzerland*, Appl. 13972/88, par. 36, NJ 1994, 459, m.nt. G. Knigge. Zie o.a. ook EHRM (GK) 27 november 2008, *Salduz v. Turkey*, Appl. 36391/02, par. 50, NJ 2009, 214, NTM (NJCM-Bul.) 2009, p. 882 e.v., m.nt. B. Stapert.

15 Zie bijv. EHRM 20 november 1989, *Kostovski v. the Netherlands*, Appl. 11454/85, par. 39, NJ 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema, NTM (NJCM-Bul.) 1990, p. 351 e.v., m.nt. E. Myjer; EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 89, NTM (NJCM-Bul.) 2010, p. 413 e.v., m.nt. J. Van de Voort; EHRM (GK) 1 juni 2010, *Gäfgen v. Germany*, Appl. 22978/05, par. 163-165, NJ 2010, 628, m.nt. Y. Buruma, NTM (NJCM-Bul.) 2010, afl. 8, m.nt. S.E. Garvelink.

16 EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 89, NTM (NJCM-Bul.) 2010, p. 413 e.v., m.nt. J. Van de Voort.

17 EHRM 29 oktober 1991, *Helmens v. Sweden*, Appl. 11826/85, par. 31.

18 EHRM 30 oktober 1991, *Borgers v. Belgium*, Appl. 12005/86, par. 24-29, NJ 1992, 73, m.nt. E.A. Alkema en Th.W. Veen.

19 Vgl. EHRM (GK) 1 juni 2010, *Gäfgen v. Germany*, Appl. 22978/05, par. 166, NJ 2010, 628, m.nt. Y. Buruma, NTM (NJCM-Bul.) 2010, afl. 8, m.nt. S.E. Garvelink; EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan v. Armenia*, Appl. 36549/03, par. 63-66.

20 EHRM 24 september 2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Appl. 7025/04, par. 64, NJ 2010, 91, m.nt. J.M. Reijntjes.

Dat vooral de eerste drie van deze beginselen geen fundamentele pijlers van het Nederlandse strafprocesrecht zijn, wil ondertussen niet zeggen dat daaraan helemaal geen invulling wordt gegeven. Ook tijdens het vooronderzoek hebben de verdachte en zijn raadsman uiteenlopende verdedigingsrechten, die doorgaans overigens ook voor het zittingsonderzoek gelden. Alvorens deze nader aan bod kunnen komen verdient juist gelet op de context van het vooronderzoek het volgende nog aandacht, omdat dit vanwege de aard van het vooronderzoek juist in die fase belangrijke consequenties voor de verdediging kan hebben.

5 Erkenning van strafvorderlijke belangen

Onder verwijzing naar het belang van het onderzoek voorziet ook het Nederlandse strafprocesrecht in mogelijkheden om inbreuk op fundamentele rechten van de verdachte te maken en diens verdedigingsrechten te beperken. Het belang van het vooronderzoek bestaat primair in het ophelderen – en aldus ook bestrijden – van strafbare feiten, en het zijn de autoriteiten die voor de verwezenlijking van dat belang zelfstandig en eenzijdig de verantwoordelijkheid dragen. Het betreft hier een belang dat ook het EVRM en het EHRM in verschillende opzichten nadrukkelijk erkennen, de laatste jaren zelfs meer dan ooit tevoren. Het belang van de strafrechtspleging komt tegenwoordig immers krachtig naar voren in de door het Hof geformuleerde positieve verplichtingen om bepaalde vormen van door overheidsfunctionarissen en burgers gepleegde feiten strafbaar te stellen, strafrechtelijk te onderzoeken, te vervolgen en te berechten en om de daders te veroordelen en te bestraffen.²¹ Verder gelden de belangen van de nationale en openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten alsmede de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen ingevolge artikel 8 lid 2 EVRM als legitieme doelen om inbreuk te maken op het recht op onder meer respect voor het privéleven, de woning en correspondentie. Het Hof heeft over de noodzakelijkheid van de preventie van criminaliteit in een democratische samenleving geen enkele twijfel²² en erkent dat het daarvoor van cruciale betekenis is dat de

autoriteiten snel en efficiënt kunnen optreden.²³ Ten slotte is het EHRM ook bij het beperken van verdedigingsrechten in de zin van artikel 6 EVRM bereid om rekening te houden met opsporingsbelangen.²⁴ Een en ander impliceert dat een zekere beperking van rechten van verdachten in het vooronderzoek niet alleen toelaatbaar is vanuit het EVRM, maar ook dat dit door het EHRM tot op zekere hoogte noodzakelijk wordt geacht en zelfs wordt vereist.

6 Zelfstandige eerlijk-procesrechten in het vooronderzoek

Niet alle rechten uit artikel 6 EVRM doen zich op dezelfde wijze in het vooronderzoek gelden. Hoewel het EVRM geen catalogus van verdedigingsrechten voor het vooronderzoek bevat, zijn er rechten die onafhankelijk van de aard en invulling van het onderzoek ter terechtzitting een zekere zelfstandige gelding in het vooronderzoek hebben en daar in beginsel steeds afdwingbaar dienen te zijn voor de verdachte.

Deze rechten – waarvan het zwijgrecht het duidelijkste voorbeeld is – komen in het navolgende aan de orde. Daarbij is er steeds aandacht voor het Nederlandse vooronderzoek. Daarnaast zijn er verdedigingsrechten waarvan de betekenis voor het vooronderzoek nu juist wel sterk afhankelijk is van de mate waarin de verdediging deze tijdens het onderzoek ter terechtzitting zal kunnen uitoefenen of deze aldaar worden beschermd. Daarbij gaat het onder meer om het recht om getuigen en deskundigen te horen. Deze categorie blijft in dit artikel in beginsel buiten beschouwing, juist omdat de eventuele gelding ervan tijdens het vooronderzoek sterk zal afhangen van de concrete procesvoering in een individuele zaak.

6.1 Zwijgrecht

Het door het EHRM uit artikel 6 EVRM afgeleide zwijgrecht²⁵ is niet alleen zonder meer van toepassing tijdens het vooronderzoek, het geldt ook daar absoluut: het is niet toegestaan het recht vanwege strafvorderlijke of andere belangen te ontnemen. Dat is naar Nederlands recht niet anders: zie artikel 29 Sv. Anders dan het tweede lid van deze bepaling kent artikel 6 EVRM geen expliciete cautieplicht. Maar door-

21 Zie bijv. EHRM 7 januari 2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. 25965/04. Zie voor kritiek op de positieve-verplichtingenrechtspraak P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008. Zie verder F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, 'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht (oraties Groningen), Deventer: Kluwer 2008.

22 EHRM 15 juni 1992, *Lüdi v. Switzerland*, Appl. 12433/86, par. 39, NJ 1993, 711, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 1992, p. 810 e.v., m.nt. E. Myjer.

23 EHRM 28 juli 2009, *Rachwalski and Ferenc v. Poland*, Appl. 47709/99, par. 70.

24 EHRM (GK) 16 februari 2000, *Fitt v. the United Kingdom*, Appl. 29777/96, par. 45; EHRM 15 juni 1992, *Lüdi v. Switzerland*, Appl. 12433/86, par. 49, NJ 1993, 711, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 1992, p. 810 e.v., m.nt. E. Myjer.

25 EHRM 17 december 1996, *Saunders v. the United Kingdom*, Appl. 19187/91, par. 68, NJ 1997, 699, m.nt. G. Knigge, *NTM (NJCM-Bul.)* 1997, p. 617 e.v., m.nt. E. Myjer.

dat het EHRM niet licht oordeelt dat de verdachte vrijwillig, bewust, overwogen en ondubbelzinnig van het zwijgrecht afstand heeft gedaan, zal doorgaans ten minste een cautie moeten zijn gegeven wil sprake kunnen zijn van zodanige afstand ('waiver').²⁶ Gelet hierop is het zelfs de vraag of de huidige invulling van de cautieplicht in de Nederlandse praktijk steeds volstaat. Vooral bij intensieve en langdurige verhoren zal de cautie mogelijk herhaaldelijk nadrukkelijk moeten worden gegeven om een afstand van het zwijgrecht te mogen aannemen. Dat geldt in het bijzonder wanneer bij dat verhoor geen raadsman aanwezig is. Het zwijgrecht sluit aan bij het beginsel van 'equality of arms' en ook bij het beginsel van adversarialiteit: juist omdat de kwaliteit van het optreden in een adversariële procedure afhangt van wat en hoe men iets naar voren brengt, kan daarbij ook relevant zijn dat men niets hoeft te zeggen.

6.2 Recht tegen zelfincriminatie (nemo tenetur-beginsel)

Ook het uit artikel 6 EVRM afgeleide recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren (nemo tenetur) geldt zelfstandig tijdens het vooronderzoek.²⁷ Anders dan het zwijgrecht is het volgens de gecompliceerde jurisprudentie van het EHRM echter niet absoluut in zoverre het gaat om materiaal dat slechts onder dwang van de verdachte kan worden verkregen maar onafhankelijk van de wil van deze bestaat, zoals onder andere geldt voor documenten, adem-, bloed- en urinetests en weefsel voor DNA-onderzoek.²⁸ Voor dergelijk materiaal geldt dat van de verdachte kan worden verlangd dat hij met het oog op strafvorderlijke belangen aan het verstrekken ervan meewerkt. Maar dan mag geen sprake zijn van onaanvaardbaar zware directe dwang²⁹ en/of een de facto doorbreking van het zwijgrecht.³⁰ Helemaal consequent lijkt de Straatsburgse jurisprudentie hier overigens niet. Met het oog op bijvoorbeeld handhaving van het verkeers(straf)recht lijkt

er reële strafrechtelijke dreiging te mogen zijn om informatie van potentiële verdachten los te krijgen.³¹

Het Nederlandse strafprocesrecht kent geen algemeen recht tegen zelfincriminatie, maar geeft er wel degelijk invulling aan in relatie tot specifieke dwangmiddelen. De verdachte behoeft immers geen voorwerpen uit te leveren (art. 96a Sv), toegang te verschaffen tot geautomatiseerde werken (art. 125k lid 3 Sv), opgeslagen of vastgelegde gegevens te verstrekken (artt. 126nc lid 3, 126nd lid 2, 126ne lid 1, 126nf lid 2, 126ng lid 3, 126uc lid 2, 126ud lid 2, 126ue lid 1, 126uf lid 2, 126ug lid 3, 126zk-zp en 126ii Sv), medewerking te verlenen aan het ontsleutelen van de gegevens of van communicatie (artt. 126nh lid 2 en 126uh lid 2 Sv resp. art. 126t lid 7 Sv), of gegevens te bewaren en beschikbaar te houden (art. 126ni lid 1 en 126zja lid 1 Sv).

De reikwijdte van het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren dat hiermee in het Nederlandse Wetboek van Strafvordering tot uitdrukking komt, is duidelijker, preciezer en harder dan het recht tegen zelfincriminatie van artikel 6 EVRM, maar qua reikwijdte wel beperkter dan het Straatsburgse recht. In zoverre vullen het Nederlandse strafprocesrecht en het EVRM elkaar aan en dient men dus voor beide oog te hebben. Zo kan het recht tegen zelfincriminatie van artikel 6 EVRM aanvullende betekenis hebben wanneer van een verdenking naar Nederlands recht nog geen sprake is, maar al wel van de 'criminal charge' in de zin van deze bepaling. Dat zal zich onder meer kunnen voordoen in de overgangsfase van administratiefrechtelijke onderzoeken naar strafrechtelijke opsporing.

6.3 Presumptie van onschuld

Het beginsel van de presumptie van onschuld is als zodanig niet in het Nederlandse strafprocesrecht opgenomen, al klinkt het er – zoals geldt voor elk fatsoenlijk strafrechtssysteem – wel in door. Het geldt daarin op grond van artikel 6 lid 2 EVRM vanaf het moment dat sprake is van een 'criminal charge'. De betekenis van het beginsel is tamelijk relatief. Dat kan ook niet anders aangezien absolute doorvoering ervan de strafrechtspleging vrijwel onmogelijk zou maken: het tegen een verdachte toepassen van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en allerlei opsporingsmethode impliceert immers dat deze toch niet voor even onschuldig wordt gehouden als ieder willekeurig ander individu. Toepassing van dergelijke middelen op niet-aribraire wijze en in overeen-

26 EHRM 24 september 2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Appl. 7025/04, par. 77, NJ 2010, 91, m.nt. J.M. Reijntjes; zie zeker ook EHRM 31 maart 2009, *Plonka v. Poland*, Appl. 20310/02, par. 37.

27 EHRM 17 december 1996, *Saunders v. the United Kingdom*, Appl. 19187/91, par. 68-70, NJ 1997, 699, m.nt. G. Knigge, NTM (NJCM-Bul.) 1997, p. 617 e.v., m.nt. E. Myjer; EHRM (GK) 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. 54810/00, par. 97, 100-102 en 110-116, NJ 2007, 226, NTM (NJCM-Bul.) 2007, p. 354 e.v., m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

28 EHRM 17 december 1996, *Saunders v. the United Kingdom*, Appl. 19187/91, par. 69, NJ 1997, 699, m.nt. G. Knigge, NTM (NJCM-Bul.) 1997, p. 617 e.v., m.nt. E. Myjer.

29 EHRM (GK) 11 juli 2006, *Jalloh v. Germany*, Appl. 54810/00, par. 110-116, NJ 2007, 226, NTM (NJCM-Bul.) 2007, p. 354 e.v., m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

30 EHRM 25 februari 1993, *Funke v. France*, Appl. 10828/84, par. 44, NJ 1993, 485, m.nt. G. Knigge, NTM (NJCM-Bul.) 1993, p. 584 e.v., m.nt. E. Myjer; EHRM 3 mei 2001, *J.B. v. Switzerland*, Appl. 31827/96, par. 63-71, NJ 2003, 354, m.nt. T. Schalken.

31 EHRM (GK) 29 juni 2007, *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, Appl. 15809/02, par. 53-63, NJ 2008, 25, NTM (NJCM-Bul.) 2008, p. 525 e.v., m.nt. J.C. Jarigsmas.

stemming met de wet is niet in strijd met het beginsel.³² Voor het vooronderzoek is vooral relevant dat het beginsel impliceert dat de verdachte zijn onschuld niet hoeft te bewijzen en vooraf aan een eventuele veroordeling (zo veel mogelijk) voor onschuldig dient te worden gehouden en dienovereenkomstig te worden behandeld.³³ In zoverre kunnen de verdachte en zijn raadsman de presumptie van onschuld ook als verdedigingsrecht in het vooronderzoek inroepen, met name ook als ondersteuning van andere daar al van toepassing zijnde rechten.

6.4 Bijstand door raadsman en politieverhoor (Salduz, Brusco)

Het EHRM erkent het recht op bijstand door een raadsman in het vooronderzoek vooralsnog alleen ondubbelzinnig in relatie tot het zwijgrecht (maar zie de in de volgende paragraaf besproken *Dayanan*-rechtspraak). In feite betreft het hierbij binnen het vooronderzoek dus nog slechts een semi-zelfstandig recht. Reeds in dat opzicht is het niet absoluut in het vooronderzoek.³⁴ Maar ook in relatie tot het zwijgrecht is het dat niet. Dat vanaf het eerste politieverhoor toegang tot de raadsman wordt geboden is immers slechts normaal gesproken vereist ('will normally require'/'as a rule') en kan vanwege dwingende redenen worden beperkt ('restrictions for good cause'/'compelling reasons to restrict').³⁵ Wanneer tijdens het politie verhoor met schending van dit recht belastende verklaringen van de verdachte zijn verkregen, zal het gebruik daarvan voor het bewijs slechts in beginsel ('in principle') schending opleveren van artikel 6 EVRM.³⁶ Ondertussen is er voor zover ik weet geen Straatsburgse beslissing of uitspraak waarin het Hof nadere invulling geeft aan de ruimte die er kennelijk is om het recht toch te beperken. Wellicht is zodanige beperking mogelijk indien dat daadwerkelijk noodzakelijk is ter bescherming van de staatsveiligheid of het leven van derden. Maar ook dan zal een beperking mijns inziens hooguit toelaatbaar kunnen zijn wanneer deze niet langer duurt dan strikt noodzakelijk is en de autoriteiten

de verdachte ondertussen nadrukkelijk, ondubbelzinnig en zo nodig bij herhaling op het zwijgrecht wijzen. De jurisprudentie van het EHRM geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat beperkingen ook mogelijk zijn vanwege meer reguliere opsporingsbelangen.

Een vraag die thans nadrukkelijk in de Nederlandse strafrechtspleging speelt is of artikel 6 EVRM en de zich nog altijd ontwikkelende *Salduz*-jurisprudentie inmiddels toch ook een hard recht op (fysieke) aanwezigheid van de raadsman bij het politiebureau omvat. Zoals bekend leidt de Hoge Raad uit de zogenoemde *Salduz*-rechtspraak af dat een aangehouden volwassen verdachte aan het recht op een eerlijk proces een aanspraak op rechtsbijstand kan ontleen om voorafgaand aan het politieverhoor een advocaat te raadplegen, maar niet dat de verdachte recht heeft op de aanwezigheid van een advocaat bij dat verhoor.³⁷ Mijns inziens is de benadering van de Hoge Raad ook gelet op de zaak-*Brusco*³⁸ in zijn algemeenheid nog altijd in overeenstemming met artikel 6 EVRM, maar kan dat onder omstandigheden anders zijn. In de cruciale passage in *Brusco* overweegt het Hof dat iemand die in voorarrest zit recht op bijstand van een raadsman heeft vanaf de aanvang van deze maatregel evenals tijdens de verhoren: 'dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires'. Anders dan sommigen menen³⁹ impliceert het arrest-*Brusco* daarmee mijns inziens echter geen algemene erkenning van een aanwezigheidsrecht. Daartoe is van belang dat het arrest-*Brusco* niet primair het recht op rechtsbijstand betreft maar het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren (*nemo tenetur*).⁴⁰ Verder geeft het Hof geen indicatie dat het afwijkt van of nieuwe elementen toevoegt aan *Salduz*, maar geeft het bij de zojuist vermelde passage integendeel aan dat het de bestaande jurisprudentie herhaalt ('La Cour rappelle ...').⁴¹ Interessant is bovendien dat het Hof aan het slot van zijn overwegingen een andere formulering hanteert. Daar stelt het uiteindelijk een schending vast omdat de raadsman de verdachte noch voorafgaand aan het eerste verhoor op het zwijgrecht heeft kunnen wijzen noch tijdens het verhoor bijstand heeft kunnen bieden; dit lijkt te impliceren dat zich geen schending zou hebben voorgedaan indien de raadsman ten minste op een van beide momenten wel bijstand had kunnen verle-

32 Zie nader D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 300.

33 Vgl. EHRM 6 december 1988, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Appl. 5 77. Vgl. voorts N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem 1987, p. 235-253.

34 Overigens geldt artikel 6 lid 3 sub c EVRM ook in zijn algemeenheid niet absoluut: EHRM (GK) 27 november 2008, *Salduz v. Turkey*, Appl. 36391/02, par. 51, NJ 2009, 214, *NTM (NJCM-Bul.)* 2009, p. 882 e.v., m.nt. B. Stapert; EHRM 24 september 2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Appl. 7025/04, par. 66, NJ 2010, 91, m.nt. J.M. Reijntjes.

35 EHRM 24 september 2009, *Pishchalnikov v. Russia*, Appl. 7025/04, par. 67 en 70, NJ 2010, 91, m.nt. J.M. Reijntjes.

36 Idem.

37 Zie HR 30 juni 2009, r.o. 2.5, *LJN BH3079*, NJ 2009, 349, m.nt. T. Schalken.

38 EHRM 11 oktober 2010, *Brusco c. France*, Appl. 1466/07, par. 54 en 54.

39 Zie als meest uitgesproken A.J.M. de Swart, 'Update *Salduz*-doctrine: toch nog een advocaat bij het politieverhoor. Part II', *NJB* 2010, 42, p. 2692-2695.

40 Idem, par. 32 en 44.

41 Idem, par. 45.

nen.⁴² Intussen blijft onduidelijk wat '*pendant les interrogatoires*' betekent: duidt dit erop dat de raadsman gedurende het verhoor fysiek aanwezig moet kunnen zijn (en zo ja, mag hij dan ook interveniëren?), of bedoelt het slechts te zeggen dat de verdachte ook tijdens het verhoor toegang moet kunnen krijgen (verdedigbaar is overigens dat het laatste reeds uit Salduz voortvloeit). Opvallend is verder nog dat het EHRM in het verlengde van voormelde cruciale passage opmerkt dat het recht 'a fortiori' geldt indien verdachte niet op het zwijgrecht is gewezen. Dat lijkt weer te impliceren dat het recht minder dwingend geldt indien dat wel is gebeurd. Op zichzelf ligt dat ook voor de hand aangezien het recht op toegang tot een raadsman hier juist in een afhankelijkheidsrelatie tot het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren wordt erkend. Juist in dit opzicht telt ook dat de omstandigheden in *Brusco* van nogal bijzondere aard waren: de verdachte moest zweren de 'waarheid en de gehele waarheid' te zullen spreken, hetgeen de facto op het tegenovergestelde van het zwijgrecht neerkomt of althans zo zal worden ervaren.⁴³ Gelet op deze kanttekening valt op grond van het arrest-*Brusco* mijns inziens niet te concluderen dat artikel 6 EVRM voortaan een algemeen recht op (fysieke) aanwezigheid tijdens het politieverhoor omvat.

Zelfs wanneer het Hof in de toekomst een schending zou vaststellen in een geval waarin de verdachte wel voorafgaande aan het verhoor toegang tot zijn raadman had, maar die raadman bij het verhoor niet aanwezig kon zijn, betekent dit nog niet de erkenning van een zodanige recht, nu dit ook met de concrete omstandigheden van het geval kan hebben te maken. Zekerheid daarover zal pas ontstaan wanneer het EHRM het recht daarop algemeen en ondubbelzinnig erkent of juist ontkent. Hoewel een zodanige uitspraak niet per se ondenkbaar is, valt die niet te verwachten mijns inziens. Juist met het arrest-*Brusco*, waarin het Hof niet voor een ondubbelzinnige erkenning van het recht op aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor kiest en zijn afwegingen bovendien sterk in de sleutel van het geheel van concrete omstandigheden plaatst, heeft het Hof zichzelf namelijk meer dan voorheen de ruimte gegeven om per concrete zaak te kunnen bepalen of het zwijgrecht en het recht op bijstand van een raadman voldoende waren verzekerd. Anders dan een algemene erkenning van het aanwezigheidsrecht, sluit juist een zodanige casuïstische werkwijze ook goed aan bij de 'procedure as a whole'-benadering. Een zodanige benadering is ook verstandig omdat aanwezigheid van een raadsman bij

het politieverhoor in lang niet alle zaken nodig of zelfs nuttig is. Wanneer dergelijke aanwezigheid in een concrete zaak daarentegen wel cruciaal was met het oog op het zwijgrecht of het voorkomen van een onmenselijke behandeling, terwijl de autoriteiten de raadsman bij het verhoor weigerden, biedt *Brusco* nu meer dan de voorgaande jurisprudentie de ruimte om tot een schending te komen. In zoverre lijkt het arrest

Voor de autoriteiten lijkt het arrest te betekenen dat toegang voor een raadsman tot het politieverhoor onder bijzondere omstandigheden niet zal mogen worden geweigerd

dan toch wel nieuw en belangrijk. Indien dat inderdaad zo is zou het voor de verdediging een argument kunnen opleveren om een nadrukkelijker toezicht van de raadman op de verhoren af te dwingen in meer specifieke zaken waarin die verhoren langdurig of anderszins indringend van aard zijn. Voor de autoriteiten lijkt het arrest te betekenen dat toegang voor een raadsman tot het politieverhoor (of ten minste toezicht door hem daarop) onder bijzondere omstandigheden niet zal mogen worden geweigerd.

6.5 Verdere bijstand door raadsman in vooronderzoek (Dayanan, Adamkiewicz, Hovanesian)

Los van het politieverhoor kent het Nederlandse strafprocesrecht een uitgebreider en vooral harder recht voor de verdachte om zich in het vooronderzoek te laten assisteren door een raadsman dan het verdrag hem verleent. Tijdens het vooronderzoek is de verdachte bevoegd zich door een of meer gekozen of toegevoegde raadsliden te doen bijstaan (art. 28 e.v. en 38-49 Sv) en heeft hij ook indien hij van zijn vrijheid is beroofd vrije toegang tot deze, tenzij het belang van het onderzoek zich daartegen verzet (art. 50-50a Sv). Verder biedt het wetboek expliciet de mogelijkheid tot bijstand door de raadsman in allerlei specifieke situaties, maar opnieuw voor zover het onderzoek daardoor niet wordt opgehouden en/of dit niet in strijd is met het belang ervan. Dit geldt bij: doorzoeking (art. 99a Sv; zie ook artt. 110, 125i en 126d Sv), schouw (artt. 151 lid 3 en art. 193 jo 241b Sv) en verhoren door de rechter-commissaris van de verdachte zelf, getuigen en deskundigen (artt. 186a en 229 Sv). Verder is er in bijstandsrechten voorzien wanneer de verdachte wordt gehoord over namens hem door de rechter-commissaris te verrichten onderzoek (art. 36b Sv, en het in Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris ter vervanging van deze bepaling voorgestelde art. 182 lid

42 Idem, par. 54: 'L'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention.'

43 Vgl. idem, par. 52.

4 voorstel-Sv⁴⁴) of over een mogelijk bevel tot afname van celmateriaal van hem ten behoeve van DNA-onderzoek (artt. 151b lid 2 en 195d lid 2 Sv).

Dergelijke rechten komen niet voor in artikel 6 EVRM. Niettemin overweegt het EHRM in de nog tamelijk recente zaak-*Dayanan* dat de verdachte onafhankelijk van zijn verhoor over rechtsbijstand moet kunnen beschikken zo gauw hij van zijn vrijheid is beroofd.⁴⁵ Tegen deze achtergrond stelt het Hof dat de eerlijkheid van de procedure vereist dat de verdachte over 'het hele scala van rechtsbijstand' kan beschikken. Daarbij wijst het erop dat de bespreking van de zaak, de or-

Tegen deze achtergrond stelt het Hof dat de eerlijkheid van de procedure vereist dat de verdachte over 'het hele scala van rechtsbijstand' kan beschikken

ganisatie van de verdediging, het verzamelen van bewijs dat gunstig is voor de verdachte, de voorbereiding van verhoren, de steun van de gespannen verdachte en het toezicht op de gevangeniscondities, basiselementen zijn die de raadsman vrij moet kunnen uitoefenen.⁴⁶ Hiermee wordt het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek als een meer zelfstandig recht neergezet en dus niet slechts direct afhankelijk van vooral het zwijgrecht. In hoeverre en op welke wijze het EHRM deze jurisprudentie – die het inmiddels herhaaldelijk bevestigde⁴⁷ – verder zal uitwerken is nog niet erg duidelijk, maar zeker is sprake van een ontwikkeling die aandacht vereist.

Zo is interessant dat het EHRM er in de Poolse zaak-*Adamkiewicz* op wijst dat het vooronderzoek een cruciale fase was in de hele procedure, aangezien de bewijsverzameling daarin voor een belangrijk deel plaatsvond.⁴⁸ Hierbij verdient opmerking dat de Poolse rechtsvordering een soortgelijke structuur en aard kent als de Nederlandse, waarin het zwaartepunt bij het vooronderzoek ligt en de resultaten daaruit in beginsel

voor het bewijs kunnen worden gebruikt.⁴⁹ In *Adamkiewicz* benadrukt het Hof dat de rechten van de verdediging in het vooronderzoek aanzienlijk waren beperkt. Daartoe brengt het met afkeuring naar voren dat gedurende het zes maanden durende vooronderzoek de raadsman slechts twee keer de gelegenheid kreeg om met zijn cliënt te overleggen terwijl daartoe veel vaker het verzoek was gedaan, en dat hij in die periode maar eenmaal, namelijk na drie maanden, toegang tot het procesdossier kreeg.⁵⁰ Hoewel de in deze zaak door het Hof vastgestelde schending van veel meer afhankelijk was, impliceert het vermelden van deze omstandigheden toch dat deze inmiddels relevant zijn in het licht van artikel 6 EVRM. Voorts wekt het EHRM in de zaak-*Hovanesian* duidelijk de suggestie dat het door de autoriteiten weerhouden van het recht op bijstand door een raadsman rondom het politieverhoor ook los van het zwijgrecht een schending zou kunnen opleveren.⁵¹ En in het arrest-*Karadağ* neemt het Hof in aanmerking dat de verdachte geen bijstand van een raadsman ontving bij het vervoer naar de plaats van reconstructie van de gebeurtenissen.⁵²

Van harde en duidelijk omliggende rechten op rechtsbijstand in het vooronderzoek buiten het politieverhoor is dus thans nog geen sprake, maar van nadere bevestiging voor het vooronderzoek van vooral de beginselen van 'equality of arms', adversarialiteit en effectieve participatie al wel. Bovendien impliceren de genoemde arresten dat bij het beoordelen van de 'procedure as a whole' kan worden meegewogen of de verdachte over ten minste de meest cruciale elementen uit 'het hele scala van rechtsbijstand' heeft kunnen beschikken. Daarmee biedt deze rechtspraak de verdediging nieuwe aanknopingspunten en kansen om haar positie in het vooronderzoek te verzekeren en mogelijk te versterken. Uiteindelijk zou de *Dayanan*-jurisprudentie dan ook wel eens fundamenteel kunnen blijken te zijn dan de *Salduz*-rechtspraak. Deze zou onder meer kunnen uitgroeien tot een nadere begrenzing van de mogelijkheid om verdedigingsrechten in het vooronderzoek met een beroep op strafvorderlijke belangen te beperken. Maar deze jurisprudentie laat ook zien dat het daarvoor van belang kan zijn of de verdediging haar verdedigingsrechten actief heeft ingeroepen.⁵³

44 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet).

45 EHRM 13 oktober 2009, *Dayanan c. Turquie*, Appl. 7377/03, par. 32, NJ 2010, 92, m.nt. T. Schalken. Zie nog recenter EHRM 21 december 2010, *Hovanesian c. Bulgarie*, Appl. 31814/03, par. 34. (Beide uitspraken alleen in het Frans beschikbaar.)

46 Idem.

47 EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Appl. 54729/00, par. 84, NJ 2010, 605, m.nt. J.M. Reijntjes; EHRM 29 juni 2010, *Karadağ c. Turquie*, Appl. 12976/05, par. 46; EHRM 21 december 2010, *Hovanesian c. Bulgarie*, Appl. 31814/03, par. 34. (Alle alleen in het Frans beschikbaar.)

48 EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Appl. 54729/00, par. 87, NJ 2010, 605, m.nt. J.M. Reijntjes; zie ook EHRM 17 februari 2009, *Ibrahim Öztürk c. Turquie*, Appl. 16500/04, par. 46-52 (alleen in het Frans beschikbaar).

49 D. de Vocht, *Verdediging in transitie. Rechtsbijstand in strafzaken in postcommunistisch Polen* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 129, 147 en 187-188.

50 EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Appl. 54729/00, par. 86, NJ 2010, 605, m.nt. J.M. Reijntjes.

51 EHRM 21 december 2010, *Hovanesian c. Bulgarie*, Appl. 31814/03, par. 39. Maar een andere benadering lijkt te volgen uit EHRM 10 juni 2010, *Sharkunov en Mezentsev v. Russia*, Appl. 75330/01, par. 110.

52 EHRM 29 juni 2010, *Karadağ c. Turquie*, Appl. 12976/05, par. 47.

53 Zie het zojuist besproken arrest EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Appl. 54729/00, par. 86, NJ 2010, 605, m.nt. J.M. Reijntjes.

6.6 Recht op informatie en inzage van processtukken in vooronderzoek

Juist omdat het Nederlandse zittingsonderzoek en de einduitspraak doorgaans zwaar steunen op de inhoud van het in het vooronderzoek tot stand gebrachte procesdossier, is het voor de verdachte van belang zich in dat vooronderzoek al te kunnen verdedigen en aldus samen met zijn raadsman zo vroeg mogelijk toegang te krijgen tot beschikbare processtukken en informatie over de gang, inhoud en uitkomst van het opsporingsonderzoek. De vraag is in hoeverre het Nederlandse strafprocesrecht en het EVRM die vroege toegang waarborgen.

Binnen de Nederlandse strafrechtspleging heeft de verdediging een algemeen recht op inzage van processtukken. Dat recht is niet absoluut: in het belang van het onderzoek kunnen bepaalde processtukken aan de verdediging worden onthouden (artt. 30-34 Sv en 51 Sv). Daarin brengt het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, dat geen versterking van het recht van de verdediging op processtukken beoogt,⁵⁴ inhoudelijk geen verandering – al codificeert het wel enige relevante jurisprudentie en voorziet het in enkele nieuwe procedurele voorschriften.⁵⁵ Daarnaast kent het wetboek specifieke plichten om de verdachte en/of zijn raadsman te informeren, waardoor deze in zoverre inzicht in toegepaste opsporingshandelingen verkrijgen en soms ook in de resultaten daarvan. Dit geldt in relatie tot: doorzoekingen ter vastlegging van gegevens die tot zodanige vastlegging of ontoegankelijkmaking van gegevens hebben geleid (art. 125m lid 1 en lid 4 Sv); gegevens verkregen via bijzondere opsporingsbevoegdheden of doorlating (art. 126aa Sv); het zijn toegepast van bijzondere opsporingsbevoegdheden (art. 126bb lid 1 en lid 3 Sv); opdrachten aan en onderzoeksuitslagen van deskundigen (art. 150a resp. artt. 228 en 229 Sv); voorgenomen schouw (art. 151 resp. 192 Sv); uitslagen van DNA-onderzoek (art. 151a lid 3 resp. 195a lid 3 Sv); de inhoud van verklaringen van getuigen en deskundigen (art. 209 Sv); en gemaakte afspraken met getuigen die tevens verdachten zijn (art. 226j lid 3 Sv). Maar al deze informatieverstrekkingen kunnen achterwegen blijven indien of zolang het belang van het onderzoek zich daartegen verzet. Verder gelden er meer absolute informatieplichten met betrekking tot: de inbeslagneming van voorwerpen bij de verdachte (art. 94 lid 3 Sv; zie voor het SFO art. 126a lid 2 Sv); de weigering van de officier van justitie om bedreigde of afgeschermd getuigen te horen (art. 210 Sv); het horen door

de rechter-commissaris van een bedreigde getuige (art. 226b lid 1 Sv); sluiting van het gerechtelijke vooronderzoek (art. 237 Sv; zie ook art. 241a Sv) of, indien het GVO komt te vervallen als gevolg van het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris, beëindiging van het onderzoek door de rechter-commissaris (art. 237 Sv-voorstel⁵⁶); en beslissingen omtrent verdere vervolging (artt. 242-248 Sv).

De bestaande Nederlandse regeling betreffende inzage van processtukken levert niet alleen problemen op voor de verdediging vanwege de vele mogelijkheden voor de autoriteiten om vanwege het belang van het onderzoek de verstrekking van informatie uit te stellen. Voor de verdediging zijn de belangrijkste knelpunten de onthouding van informatie doordat materiaal niet de status van processtukken wordt geven, de afscherming van bepaalde informatie (bijvoorbeeld vanwege de bescherming van getuigen of opsporingsstrategieën), de ontoegankelijkheid van relevante informatie uit onderzoeken in andere zaken, het niet behoren tot de processtukken van audiovisuele registraties en het ontbreken van zicht op de opsporingsactiviteiten die hebben plaatsgevonden.⁵⁷ Het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken komt aan verschillende van deze bezwaren tegemoet, maar neemt ze nergens op voorhand helemaal weg. Dat kan ook niet. Opsporingsonderzoeken dienen immers overzichtelijk te blijven en dus niet met irrelevante informatie te worden belast of zelfs ondoorgrondelijk te worden gemaakt. Een relevantiecriterium is in zoverre onontkoombaar. Bovendien kunnen er inderdaad zwaarwegende redenen zijn om de toegang voor de verdediging tot informatie te beperken (welzijn derden, opsporingsbelangen en staatsveiligheid; vgl. artt. 30-34 voorstel-Sv). Toch zijn versterkingen van de voorgestelde regeling mogelijk. Zo is er is sprake van nogal ruime maatstaven om geen kennisneming van stukken te verlenen (art. 30 lid 3-voorstel: 'indien het belang van het onderzoek dit vordert') of afschriften ervan te weigeren (art. 32 lid 2-voorstel bevat geen noodzakelijkheids criterium).

Zeker positief is dat het wetsvoorstel (art. 149a) met de omschrijving 'alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn' een definitie van processtukken introduceert. Onder stukken vallen papieren bescheiden en ook videobanden, dvd's, cd-roms, floppy's en alle overige gegevensdragers (zie ook art. 137 voorstel-Sv).⁵⁸ Hoewel de relevantie van stukken

54 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 3, p. 4 (MvT).

55 Zie de voorgestelde artt. 30-34 en 149b: *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet).

56 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet).

57 Zie A.A. Franken, 'Regels voor het strafdossier', *DD* 2010, 24, p. 403 e.v. (i.h.b. pnt 3 en 4).

58 Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 3, p. 32 en 34 (MvT).

in de definitie aan de terechtzitting wordt verbonden,⁵⁹ kan de reikwijdte ervan ook overigens toch tamelijk ruim uitpakken. Daartoe telt dat de definitie tot een beoordeling dwingt en dus ruimte laat voor afwegingen. Dit betekent dat de verdediging hier kansen heeft om stukken in ruime mate als

Maar zelfs indien de verdediging van hoge kwaliteit is zal die de samenstelling van het dossier en de informatievoorziening in haar richting slechts beperkt kunnen beïnvloeden

processtukken erkend te krijgen, maar ook dat passiviteit aan de kant van de verdediging juist tot zuinige samenstelling van het procesdossier kan leiden. De verdediging zal dus actief en scherp moeten zijn in het trachten te overtuigen van de officier van justitie of de rechter-commissaris van de relevantie van ontbrekende stukken.

Het wetsvoorstel vraagt daar in feite ook uitdrukkelijk om. De verdediging dient immers zelf om kennisneming van de processtukken te verzoeken en zal zelf bezwaar moeten maken bij de rechter-commissaris indien die kennisgeving niet wordt verleend door de officier van justitie (art. 30; zie ook 32 en 34 voorstel-Sv). Controle door de rechter-commissaris op het Openbaar Ministerie – dat verantwoordelijk is voor de samenstelling van het procesdossier – is zo in beginsel afhankelijk van het optreden van de verdediging. Dit betekent dat de verdediging in een concrete zaak voor zover mogelijk zelf alert op ontbrekende stukken zal moeten zijn, er goed aan doet de relevantie ervan aannemelijk te maken en inzage in en toevoeging van stukken zo nodig via de rechter-commissaris zal moeten afdwingen. Gebeurt dat niet dan zal een verdachte al snel de dupe kunnen worden van gebrekkige rechtsbijstand. Maar zelfs indien de verdediging van hoge kwaliteit is zal die de samenstelling van het dossier en de informatievoorziening in haar richting slechts beperkt kunnen beïnvloeden. Uiteindelijk is men immers afhankelijk van het oordeel van vooral de officier van justitie en voorts de rechter-commissaris.

Ook van belang daartoe is dat allerlei informatie aan het zicht van de verdediging kan zijn onttrokken. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer die onderdeel van andere strafzaken uitmaakt of volgens de officier niet relevant is voor het onderzoek. Zo vinden in strafrechtelijke onderzoeken allerlei handelingen plaats door opsporingsambtenaren waarvan

uiteindelijk niets is terug te vinden in het procesdossier. Om die reden zou het mijns inziens wenselijk zijn de verdediging op gezette tijden gedurende het vooronderzoek er zoveel mogelijk over te informeren welke onderzoekshandelingen hebben plaatsgevonden en wat de resultaten daarvan waren, en om de verdediging in elk geval na afronding van het vooronderzoek daarvan in kennis te stellen, althans voor zover zwaarwegende belangen zich daartegen niet verzetten.⁶⁰ Het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken voorziet hierin niet. Niettemin verschafft het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris daartoe wel een aanknopingspunt, namelijk daar waar de rechter-commissaris de voortgang van het opsporingsonderzoek beoordeelt (art. 180 lid 2 voorstel-Sv) en in het bijzonder wanneer een zogenoemde regiebijeenkomst plaatsvindt (art. 185 voorstel-Sv). Hoewel het wetboek dat volgens het wetsvoorstel niet tot uitdrukking brengt, zal ook de verdediging om het houden van een dergelijke bijeenkomst kunnen verzoeken.⁶¹

Het EVRM biedt wat betreft het vooronderzoek de verdachte geen algemeen recht op inzage in processtukken en informatie over het opsporingsonderzoek. Dat neemt niet weg dat de Straatsburgse jurisprudentie wel in enkele uitgangspunten en deelrechten voorziet die de verdediging nader kunnen ondersteunen wanneer zij kennisneming van en toevoeging van stukken aan het procesdossier tracht te verwezenlijken. Die jurisprudentie betreft nog niet zozeer artikel 6 EVRM. Weliswaar dient de verdediging ingevolge artikel 6 lid 3 sub b EVRM over voldoende tijd en faciliteiten te beschikken ter voorbereiding van de verdediging, hetgeen uiteraard inzage in al het relevante materiaal veronderstelt, maar die inzage hoeft ingevolge deze bepaling niet eerder te worden verleend dan nodig is om de verdediging voldoende voorbereidingstijd voor het strafgeding te geven.⁶² Niettemin achtte het EHRM het in de hiervoor al behandelde zaak *Adamkiewicz* voor het vaststellen van de schending van artikel 6 lid 3 sub c EVRM (recht op rechtsbijstand) van belang dat de raadsman in het zes maanden durende vooronderzoek maar eenmaal, namelijk na drie maanden, toegang tot het procesdossier kreeg.⁶³ Mogelijk ontwikkelt deze tot de *Dayanan*-rechtspraak beho-

59 Zie voor kritiek daarop de RvdR en de NOV: *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 3, p. 18 (MvT).

60 Vgl. het standpunt van de NOV in *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 3, p. 7 (MvT). Vgl. ook A.A. Franken, *Regels voor het strafdossier*, DD 2010, 24, p. 403 e.v. (pnt 3).

61 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 6, p. 26 (Nota verslag).

62 Zie o.a. EHRM 10 februari 1983, *Albert and le Compte v. Belgium*, Appl. 7299/75, par. 41, NJ 1987, 315; EHRM 28 juni 1984, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, Appl. 7819/77, 7878/77, par. 98; EHRM 21 september 1993, *Kremzow v. Austria*, Appl. 12350/86, par. 53-56.

63 EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Appl. 54729/00, par. 86, NJ 2010, 605, m.nt. J.M. Reijntjes.

rende lijn van jurisprudentie zich (ook) verder in relatie tot lid 1 en lid 3 sub b van artikel 6 EVRM. In elk geval is het juist in systemen zoals het Nederlandse, waarin de nadruk op het vooronderzoek ligt, wenselijk dat zo gauw als het belang van het vooronderzoek dit toelaat, wordt voldaan aan het ingevolge het arrest-*Edwards* geldende criterium (vertaald): ‘het is een vereiste van eerlijkheid [...] dat de vervolgende autoriteiten aan de verdediging al het bewijs onthullen dat voor of tegen de beschuldigde pleit’.⁶⁴ Het zo vroeg mogelijk door de verdediging kunnen kennisneming van relevante informatie lijkt mij overigens, gelet op de artikelen 30 e.v. Sv en het feit dat achterhouden van informatie wettelijk de status van uitzondering heeft, ook het uitgangspunt van het Nederlandse strafvorderlijk systeem te zijn. Wel is het de vraag of de autoriteiten niet meer dan de wet en het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken vereisen, uit eigenbeweging – in plaats van alleen op verzoek van de verdediging – inzage in de toepaste opsporingshandelingen zouden moeten geven. Het is mijns inziens wenselijk het uitgangspunt daartoe in de wet neer te leggen.

Wellicht wat onverwacht is dat artikel 5 lid 4 EVRM, inzake het beroep op de rechter bij vrijheidsontneming, hier voortsnog de belangrijkste verdragsbepalingen is. In onder meer de zaak-*Nikolova* overweegt het Hof (vertaald): “Equality of arms” is niet gewaarborgd indien de raadsman de toegang wordt geweigerd tot de documenten in het onderzoeksdossier die essentieel zijn om de rechtmatigheid van de detentie van zijn cliënt effectief te kunnen aanvechten.⁶⁵ Daarbij merkt het Hof ook op dat procedures in de zin van artikel 5 lid 4 EVRM in principe, in de hoogste mate waarin het onder de omstandigheden van het lopende onderzoek mogelijk is, dienen te voldoen aan de basisvereisten van een eerlijk proces (art. 6 EVRM), zoals het recht op een adversair procedure.

Het voorgaande impliceert dat de benodigde toegang er niet pas na verloop van tijd dient te zijn, maar reeds op het moment van de rechterlijke toetsingsprocedure.⁶⁶ Daarbij kunnen de autoriteiten blijken de zaak-*Schöps* onder omstandigheden zelfs gehouden zijn om actief toegang tot de relevante stukken aan de verdediging te bieden.⁶⁷ Een en ander betekent niet dat de verdediging zonder meer volledige inzage in het procesdossier moet worden gegeven. Datgene wat niet relevant is voor de beoordeling van de detentie valt immers buiten het uit artikel 5 lid 4 EVRM voortvloeiende inzage-recht. Zoals zelfs geldt voor het onderzoek ter terechtzitting, telt bovendien ook hier dat aan de informatietoegang om redenen van nationale veiligheid beperkingen kunnen worden gesteld. Maar dit is slechts toegestaan mits daarvoor voldoende compensatie plaatsvindt en mits de verdediging de verdenking effectief kan aanvechten.⁶⁸ Hoe actiever en overtuigender de verdediging duidelijk maakt dat bepaalde informatie relevant is voor de toetsing van de rechtmatigheid van de detentie, hoe ruimer de inzage in het procesdossier en het opsporingsonderzoek zal moeten zijn.

6.7 Redelijke termijn

Aangezien het recht op behandeling van een strafzaak binnen redelijke termijn in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM in beginsel loopt vanaf de ‘criminal charge’ tot aan de definitieve einduitspraak, is het ook van toepassing op het vooronderzoek. Weliswaar geldt ook voor het vooronderzoek geen absolute termijn waarbinnen het dient plaats te vinden, terwijl voor de beoordeling of de termijn redelijk is het vooronderzoek bovendien niet geïsoleerd maar slechts als onderdeel van de gehele procedure wordt bekeken, maar dat neemt niet weg dat de oorzaak van een eventuele schending van de redelijke termijn wel primair of zelfs volledig in de lengte van het vooronderzoek kan zijn gelegen.⁶⁹ Op zichzelf impliceert het recht op behandeling van een strafzaak binnen redelijke termijn ondertussen niet zozeer een verdedigingsmogelijkheid. Veeleer betreft het een verplichting voor de staat om die termijn in acht te nemen. Niettemin is het sinds het arrest-*Kudla* vaste rechtspraak dat artikel 13 EVRM meebrengt dat een effectief rechtsmiddel beschikbaar dient te zijn waarmee een schending van de redelijke termijn ofwel kan worden voorkomen of afgebroken, ofwel kan worden geredresseerd voor zover die reeds heeft

64 EHRM 16 december 1992, *Edwards v. the United Kingdom*, Appl. 13071/87, par. 36, NTM (NJCM-Bul.) 1993, p. 449 e.v., m.nt. E. Myjer. Die informatie lijkt overigens niet van zodanige aard te moeten zijn dat met inachtneming daarvan een veroordeling is uitgesloten, maar deze zal wel aanleiding dienen te geven tot serieuze nadere beoordeling van de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van wel belastende informatie of van een mogelijke bewezenverklaring. Zie bijv. EHRM (GK), 16 februari 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, Appl. 28901/95 (informatie betreffende betrouwbaarheid hoofdgetuige) en EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98, NTM (NJCM-Bul.) 2005, p. 316 e.v., m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (informatie over mogelijke uitlokking van verdachte door autoriteiten).

65 EHRM (GK) 25 maart 1999, *Nikolova v. Bulgaria*, Appl. 31195/96, par. 58. Zie o.a. ook EHRM 13 februari 2001, *Schöps v. Germany*, Appl. 25116/94, par. 44, NTM (NJCM-Bul.) 2001, p. 668 e.v., m.nt. E. Myjer (het Hof verwijst daarin voor het eerst ook naar artikel 6 EVRM hierbij); EHRM (GK) 9 juli 2009, *Mooren v. Germany*, Appl. 11364/03, par. 124, NJ 2010, 178.

66 Zie ook EHRM 30 maart 1989, *Lamy v. Belgium*, Appl. 10444/83, par. 27-29 (geen toegang eerste dertig dagen van voorarrest).

67 EHRM 13 februari 2001, *Schöps v. Germany*, Appl. 25116/94, par. 52.

68 Zie EHRM (GK) 19 februari 2009, *A. v. the United Kingdom*, Appl. 3455/05, par. 204-205, 218 en 222-224, NJ 2010, 468, m.nt. E.A. Alkema.

69 Vgl. EHRM 15 juli 1982, *Eckle v. Germany*, Appl. 8130/78.

plaatsgevonden.⁷⁰ Vooral de mogelijkheid voor de verdediging om een (verdere) schending van de redelijke termijn te voorkomen zou in zekere zin een verdedigingsrecht inhouden. Maar hoewel het EHRM er sterk de voorkeur aan geeft dat het nationale recht in een dergelijk preventief rechtsmiddel voorziet, laat het staten de ruimte om te volstaan met een voorziening voor redres achteraf.⁷¹ Ook in die zin verschaft het redelijke-termijnvereiste de verdediging dus niet per se een hard verdedigingsrecht in het vooronderzoek.

Het Nederlandse recht biedt de verdediging in dit opzicht meer. Ingevolge artikel 180 lid 2 Sv kunnen de verdachte of de raadsman de rechter-commissaris immers verzoeken om zich de processtukken te doen overleggen en om de onverwilde of spoedige beëindiging van het opsporingsonderzoek te bevelen. Het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris verbetert de positie van de verdediging op dit punt nog nader: de verdediging kan de rechter-commissaris daarin om een beoordeling van de voortgang van het opsporingsonderzoek verzoeken (art. 180 lid 2). Aannemelijk is dat de verdediging daarbij ook nog altijd om beëindiging kan vragen.⁷² Zowel het huidige als voorgestelde recht voorziet in zoverre dus in een preventief middel. Er moet dan wel op enigerlei wijze een rechter-commissaris bij het onderzoek zijn of kunnen worden betrokken.⁷³ In dit opzicht kent het wetsvoorstel trouwens eveneens een verruiming, aangezien de rechter-commissaris daarin ook in een zaak kan worden betrokken om de voortgang van het onderzoek te bezien (art. 180 voorstel-Sv⁷⁴).

Overigens geldt los van het voorgaande krachtens het huidige artikel 180 lid 1 Sv voor de in het onderzoek betrokken rechter-commissaris de verplichting tegen onnodige vertraging van het opsporingsonderzoek te waken. Hoewel het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris juist een centrale positie aan het toezicht door de rechter-commissaris op de voortgang van het onderzoek beoogt

te bewerkstelligen,⁷⁵ is het voorgestelde artikel 180 lid 2 Sv veel minder dwingend geformuleerd ('kan ... ambtshalve ... beoordelen').⁷⁶ In zoverre is sprake van een verzwakking van het toezicht door de rechter. Voor zover verzakking van deze taak door de rechter-commissaris uiteindelijk tot schending van de redelijke termijn leidt, kan die over die band ter terechtzitting aan de orde worden gesteld. Wanneer de verdediging het al in het vooronderzoek opportuun vindt om de termijn zo kort mogelijk te houden, kan men de rechter-commissaris vanzelfsprekend op diens artikel 180 Sv-plicht/taak wijzen alsmede op het redelijke-termijnvereiste uit artikel 6 lid 1 EVRM, en deze zo tot een actieve(re) houding bewegen.

6.8 Invloed van de verdediging op onderzoeks-handelingen in vooronderzoek

Uit de hiervoor besproken, nog erg algemene *Dayanan*-jurisprudentie volgt nogal oppervlakkig dat het verzamelen van bewijs dat gunstig is voor de verdachte tot de basiselementen van rechtsbijstand behoort die de raadsman vrij moet kunnen uitoefenen. Afgezien daarvan blijkt uit het EVRM of de jurisprudentie van het EHRM niet van een algemeen zelfstandig verdedigingsrecht op het eigenstandig kunnen doen of laten verrichten van onderzoek tijdens het voorbereidend onderzoek. Wel kunnen er conform de eveneens besproken *Imbrosia*-regel bepaalde rechten op onderzoek en tegenonderzoek bestaan gedurende het vooronderzoek indien en voor zover door het niet kunnen uitoefenen van die rechten in die fase de eerlijkheid van het proces waarschijnlijk serieus zal worden ondermijnd.⁷⁷ Voor Nederland is hierbij zoals bekend vooral van belang de mogelijkheid om getuigen⁷⁸ en deskundigen⁷⁹ te kunnen ondervragen (art. 6 lid 3 sub d EVRM; vgl. art. 187 Sv). Maar net als in de fase van het zittingsonderzoek is het daarvan afgeleide ondervragingsrecht in het vooronderzoek niet absoluut. Het mag onder meer

70 EHRM (GK) 26 oktober 2000, *Kudła v. Poland*, Appl. 30210/96, par. 158; zie ook par. 159, *NJ* 2001, 594, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 2001, p. 71 e.v., m.nt. T. Barkhuysen.

71 Zie meer recent ook EHRM 22 januari 2009, *Kaemena and Thöneböhn v. Germany*, Appl. 45749/06, par. 78-79. Zie nader T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Actuele ontwikkelingen in de redelijke termijnjurisprudentie: over Nederlandse termijnoverschrijdingen en ontbrekende nationale rechtsmiddelen', *NTM (NJCM-Bulletin)* 2003, p. 595-597. Zie voorts D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 570-572.

72 Zie ook art. 180 lid 3 van het wetsvoorstel en de toelichting: *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet), en nr. 3, p. 13 (MvT).

73 Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 2008, p. 320-321.

74 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 6, p. 10 (Nota verslag).

75 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 3, p. 13 (MvT).

76 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 2, Artikel I (Voorstel van Wet).

77 EHRM 24 november 1993, *Imbrosia v. Switzerland*, Appl. 13972/88, par. 36, *NJ* 1994, 459, m.nt. G. Knigge. Zie o.a. ook EHRM (GK) 27 november 2008, *Salduz v. Turkey*, Appl. 36391/02, par. 50, *NJ* 2009, 214, *NTM (NJCM-Bul.)* 2009, p. 882 e.v., m.nt. B. Stapert.

78 Zie voor getuigen o.a. EHRM 20 november 1989, *Kostovski v. the Netherlands*, Appl. 11454/85, par. 41, *NJ* 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 1990, p. 351 e.v., m.nt. E. Myjer; EHRM 15 juni 1992, *Lüdi v. Switzerland*, Appl. 12433/86, par. 47, *NJ* 1993, 711, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 1992, p. 810 e.v., m.nt. E. Myjer; EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen v. the Netherlands*, Appl. 21363/93, par. 51, *NJ* 1997, 635, m.nt. G. Knigge, *NTM (NJCM-Bul.)* 1997, p. 1052 e.v., m.nt. P.J. Baauw.

79 Zie voor deskundigen o.a. EHRM 6 mei 1985, *Bönisch v. Austria*, Appl. 8656/97, par. 29, *NJ* 1985, 385, m.nt. P. van Dijk. EHRM 28 augustus 1991, *Brandstetter v. Austria*, Appl. 11170/84, par. 42; EHRM 4 november 2008, nr. 72596/01, *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*, r.o. 62-66.

vanwege de nationale veiligheid, de bescherming van de getuige of de geheimhouding van opsporingsmethoden tot op zekere hoogte worden beperkt.⁸⁰ Zoals aangekondigd zal deze materie niet nader aan de orde komen hier.

Hoewel het Nederlandse vooronderzoek als geheel genomen wat gematigd inquisitoir van aard is, biedt het toch veel meer zelfstandige rechten voor de verdediging gericht op de inhoud en adversarialiteit van het vooronderzoek dan het EVRM.

De verdediging heeft ten eerste het algemene recht de rechter-commissaris te verzoeken bepaalde onderzoeks-handelingen te verrichten (vooral mini-instructie, artt. 36a-36e Sv, en voorts art. 182 Sv, inzake de uitbreiding van het gerechtelijk vooronderzoek, en art. 241 Sv, na sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek). De bij Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris ter vervanging van de mini-instructie voorgestelde regeling inzake onderzoek door de rechter-commissaris behelst een vereenvoudiging van de procedure en maakt het de verdediging gemakkelijker om in het verlengde van een verzoek door de officier van justitie onderzoekswensen kenbaar te maken (vooral art. 182 en 183 Sv). Omdat het wetsvoorstel tot uitgangspunt neemt dat ambtshalve onderzoek door de rechter-commissaris (zie art. 182 lid 6 voorstel-Sv) een uitzondering behoort te zijn, zal de verdediging steeds actief moeten bezien of voldoende onderzoek in haar belang plaatsvindt.

Naast deze algemene regeling voor de verdediging om het doen van onderzoek te beïnvloeden, voorziet de wet nog in een aantal specifieke mogelijkheden. Aldus kunnen de verdachten en/of de raadsman (zie art. 241a Sv) binnen bepaalde voorwaarden verzoeken: getuigen te horen (art. 208 Sv); getuigen als bedreigde of afgeschermd getuigen te horen (art. 226a resp. artt. 226m en 226n Sv); weigerachtige getuigen te gijzelen (art. 221 Sv); deskundigen te benoemen (artt. 150, 150b, 176 en 227 Sv), deze aanvullend of tegenonderzoek te laten doen (artt. 150a, 150a-150c en 231 Sv) of deze te horen (artt. 51m en 232 Sv); DNA-(tegen)onderzoek te laten verrichten (art. 151a en 195b Sv); en de verdachte ten behoeve van een onderzoek naar zijn geestvermogens ter observatie naar een psychiatrisch ziekenhuis te laten overbrengen (art. 196 Sv). Deze regelingen voorzien in een zeker mate van 'equality of arms', al zijn de bevoegdheden van de verdediging vaak beperkter en aan andere waarborgen gebonden dan die van het Openbaar Ministerie. Bovendien

blijft de verdediging afhankelijk van de opstelling van de officier van justitie, die bovendien ook hier de mogelijkheid heeft vanwege opsporingsbelangen informatie achter te houden.

Daarnaast kent het Nederlandse vooronderzoek verschillen- de meer rechtstreeks op de adversarialiteit van het vooronderzoek gerichte elementen, die er toe strekken de kwaliteit van de waarheidsvinding te bevorderen. De verdachte heeft het recht tijdens het gerechtelijk vooronderzoek te worden

Deze regelingen voorzien in een zeker mate van 'equality of arms', al zijn de bevoegdheden van de verdediging vaak beperkter en aan andere waarborgen gebonden dan die van het Openbaar Ministerie

gehoord door de rechter-commissaris (art. 200 Sv). Aldus kan hij zich over dat onderzoek uitlaten. Weliswaar geldt ingevolge het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris nog slechts dat de rechter-commissaris 'indien hij dit nodig acht' de verdachte voor zich doet verschijnen, maar de regeling inzake onderzoek door de rechter-commissaris zal waarschijnlijk ruimere toepassing vinden dan het GVO. Ingevolge het wetsvoorstel hoort de rechter-commissaris de verdachte of diens raadsman bovendien indien nodig over de voortgang van het onderzoek (art. 180 lid 2 voorstel-Sv) en is voorzien in de mogelijkheid (zoals opgemerkt ook op verzoek van de verdediging) van de zogenoemde regiebijeenkomst (art. 185 voorstel-Sv). Vooral die laatste mogelijkheid zou het vooronderzoek wezenlijk adversariëler van aard kunnen maken dan het thans is.

Overigens voorziet de wet op uiteenlopende momenten in mogelijkheden tot het horen van de verdachte, maar veelal slechts voor zover dat nodig of wenselijk is, of het belang van het onderzoek dit niet verbiedt. Dat geldt bij: door de raadkamer te nemen beslissingen (art. 35 Sv); inbeslagneming tijdens doorzoeking van plaatsen van de verdachte (artt. 99, 110, 125i en 126b en 126d Sv). Hoorrechten zijn er ook bij: het verborgen houden van de identiteit van bedreigde en afgeschermd getuigen (art. 226a lid 2 resp. 226m lid 2 Sv); eventuele afname van verdachte's celmateriaal voor DNA-onderzoek (art. 151b en 195d Sv); en een beoogd onderzoek naar verdachte's geestvermogens (art. 197 Sv). Een zeker element van adversarialiteit vloeit ook voort uit de – niet onbeperkte – rechten voor de verdediging om de verhoren van verdachten, getuigen en deskundigen door de rechter-

80 Zie daarover verder D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322-327.

commissaris bij te wonen (art. 186a Sv; zie ook artt. 187 jo 187d Sv, en art. 229 Sv). De verdediging kan daarbij de vragen opgeven die zij gesteld wenst te zien (artt. 186a lid 3 jo 186 lid 3 Sv).

6.9 Verdedigingsrechten bij inbreuken door opsporing op artikel 8 EVRM

Het EHRM vereist niet dat indien opsporingsbevoegdheden inbreuk maken op artikel 8 EVRM (het recht op privéleven), aan de verdediging artikel 6 EVRM-rechten of andere verdedigingsrechten worden toegekend. Zo neemt het EHRM bijvoorbeeld niet tot uitgangspunt dat de verdediging – indien het opsporingsbelang dit toelaat – op enigerlei wijze bij beslissingen over of de uitvoering van opsporingsbevoegdheden wordt betrokken. Wel is het is duidelijk dat het EHRM een voorafgaande machtiging door een rechter of andere onafhankelijke en onpartijdige instantie als een belangrijke waarborg tegen misbruik of arbitraire toepassing van opsporingsbevoegdheden ziet, maar ook een zodanige machtiging is geen hard vereiste bij inbreuken op artikel 8 EVRM, zelfs niet bij bijvoorbeeld doorzoekingen van woningen of advocatenkantoren.⁸¹ Het Hof vereist met andere woorden zelfs niet per se indirecte waarborging van verdedigingsrechten via rechterlijke betrokkenheid. Dat het EHRM geheel geen waarborgende rol voor de verdediging erkent in geval van inbreuken op artikel 8 EVRM door strafrechtelijk onderzoek is niet vanzelfsprekend. Betrokkenheid van de verdediging – zoals die blijkens voorgaande paragraaf wel door het Nederlandse strafprocesrecht in verschillende opzichten wordt geboden – kan immers arbitraire toepassing van opsporingsbevoegdheden helpen tegengaan en kan voorts positief uitwerken voor de kwaliteit van de bewijsverzameling.

In geval van criminele activiteiten voorziet artikel 8 EVRM in sommige gevallen echter zelfs in het geheel niet in bescherming tegen strafvorderlijk optreden door de autoriteiten. Uit de zaken *Lüdi* en *Lee Davis* volgt dat in een situatie van criminele activiteiten het recht op privéleven niet per se van toepassing is respectievelijk dat artikel 8 evenmin van toepassing behoeft te zijn op een plaats waar criminele

activiteiten worden ontplooid.⁸² Deze invalshoek is minder voor de hand liggend dan wellicht lijkt. Het punt is immers dat pas achteraf – nadat het opsporingsmiddel is toegepast – kan worden vastgesteld of van criminele activiteiten sprake was, terwijl artikel 8 EVRM nu juist vooraf de strafvorderlijke macht van de overheid beoogt te beperken en controleren. Los daarvan is maar zeer de vraag of er tijdens criminele activiteiten geen verwachting bij de verdachte van privéleven bestaat en dat ook de overheid daarvan niet zou uitgaan. Verder zou consequente doortrekking van deze invalshoek betekenen dat indien met inbreuk op artikel 8 EVRM op dat moment plaatsvindende strafrechtelijke activiteiten aan het licht komen er in beginsel geen sprake is van een inbreuk op deze bepaling en dat het EVRM in dat geval dus geen waarborgen voor het strafvorderlijke optreden meer stelt. In dat geval zou de beschermende waarde van deze bepaling in het strafrechtelijk onderzoek nogal aan betekenis verliezen. In dat opzicht is het nu al problematisch dat tamelijk onhelder is wanneer de invalshoek van het EHRM opgaat en wanneer niet. Vooralsnog moet echter worden aangenomen dat artikel 8 EVRM in beginsel ook voor criminelen geldt.⁸³

Gelet op dit laatste is voor het vooronderzoek van belang dat inbreuken op het recht op privéleven volgens artikel 8 lid 2 EVRM bij de wet moeten zijn voorzien. Dit betekent niet alleen dat de inbreuk – lees: toepassing van de strafvorderlijke bevoegdheid – in abstracto een basis in het nationale recht moet hebben, het impliceert in beginsel ook dat de inbreuk slechts gerechtvaardigd kan zijn indien deze in concreto is gemaakt in overeenstemming met de vereisten gesteld door het nationale recht (in de Engelse tekst van artikel 8 lid 2 gaat het duidelijker over: ‘in accordance with the law’). Handelen in strijd met het nationale recht levert bij een inbreuk op artikel 8 EVRM zo in beginsel ook een schending van deze bepaling op.⁸⁴ Aldus kan de naleving van eventuele verdedigingsrechten die het nationale recht biedt in relatie tot opsporingsbevoegdheden die inbreuk op het privéleven maken, indirect tevens zijn afgedwongen door artikel 8 lid 2 EVRM.

Omdat dergelijke verdedigingsrechten in dat geval via artikel 8 lid 2 EVRM worden beschermd, betekent het schenden

81 Zie o.a. EHRM 14 januari 2010, *Mastepan v. Russia*, Appl. 3708/03, par. 43-46; EHRM 2 december 2010, *Ratushna v. Ukraine*, Appl. 17318/06, par. 73. Dat geldt zelfs voor doorzoekingen bij advocaten, al gelden daarvoor overigens wel zwaardere waarborgen: EHRM 22 mei 2008, *Ilija Stefanov v. Bulgaria*, Appl. 65755/01, par. 38-45; EHRM 9 april 2009, *Kolesnichenko v. Russia*, Appl. 19856/04, par. 32-36; EHRM 28 juli 2009, *Rachwalski and Ferenc v. Poland*, Appl. 47709/99, par. 73. Wanneer de opsporingsbevoegdheid inbreuk maakt op artikel 10 EVRM (bijvoorbeeld op het journalistiek privilege) kan dat wel anders zijn: EHRM (GK) 14 september 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*, Appl. 38224/03, par. 88-100.

82 EHRM 15 juni 1992, *Lüdi v. Switzerland*, Appl. 12433/86, par. 40, *NJ* 1993, 711, m.nt. E.A. Alkema, *NTM (NJCM-Bul.)* 1992, p. 810 e.v., m.nt. E. Myjer, resp. EHRM 28 juli 2009, *Lee Davies c. Belgique*, Appl. 18704/05, par. 55-57, *NJ* 2010, 627, m.nt. Y. Buruma.

83 Zie bijv. EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 72, *NTM (NJCM-Bul.)* 2010, p. 413 e.v., m.nt. J. Van de Voort.

84 Zie o.a. EHRM 14 januari 2010, *Mastepan v. Russia*, Appl. 3708/03, par. 37-38; EHRM 9 april 2009, *Kolesnichenko v. Russia*, Appl. 19856/04, par. 30; EHRM 24 april 1990, *Kruslin v. France*, Appl. 11801/85, par. 27-29, *NJ* 1991, 523, m.nt. E.J. Dommering, *NTM (NJCM-Bul.)* 1990, p. 704 e.v., m.nt. E. Myjer.

daarvan nog niet dat ook in strijd wordt gehandeld met het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Dat is anders indien het desbetreffende verdedigingsrecht ook rechtstreeks door deze bepaling wordt beschermd (zie de hierboven besproken artikel 6-rechten). Voor het overige geldt het uitgangspunt dat volgt uit de *Khan*-jurisprudentie: wanneer met schending van artikel 8 EVRM bewijs is verkregen, is gebruikmaking van dat bewijs voor een veroordeling als zodanig in beginsel niet in strijd met artikel 6 EVRM.⁸⁵ Algemeener gesteld: schending van artikel 8 EVRM in het vooronderzoek levert in beginsel niet tevens ook schending op van artikel 6 EVRM. Onder omstandigheden zou dat echter anders kunnen zijn. Namelijk indien de schending van artikel 8 EVRM bijvoorbeeld tevens een inbreuk op het zwijgrecht meebrengt. Hoewel niet ondenkbaar, zal daarvan niet gauw sprake zijn bij toepassing van opsporingsbevoegdheden.

7 Afsluiting

Binnen het Nederlandse vooronderzoek moet de verdediging het terecht nog altijd vooral hebben van het Nederlandse strafprocesrecht. Niettemin biedt het EVRM – vooral artikel 6 daarvan – in toenemende mate aanknopingspunten voor de verdediging om haar positie in deze fase te versterken en het onderzoek te beïnvloeden. Vooral de *Dayanan*-jurisprudentie – en in mindere mate ook het tot de *Salduz*-rechtspraak behorende arrest-*Brusco* – verdient in dit opzicht aandacht. Verdere ontwikkeling van die jurisprudentie zou impliceren dat het EHRM langzamerhand een meer autonome – en dus grotere – betekenis van artikel 6 EVRM in het vooronderzoek zal gaan erkennen. Met de groei van zelfstandige eerlijk-procesrechten in deze fase van het onderzoek lijkt het in toenemende mate wenselijk in Nederland een zogenoemde ‘letter of rights’ te introduceren, waarin de verdachte van zijn rechten op de hoogte wordt gesteld.⁸⁶ Dit helpt de verdediging haar rechten te verwezenlijken, terwijl het ook in het belang van de autoriteiten is dat zo’n ‘letter’ schendingen van die rechten kan voorkomen. Ondertussen betekent de Straatsburgse ontwikkeling ook dat deze tot meer adversarialiteit en ‘equality of arms’ in het vooronderzoek zal kunnen leiden. Dit kan ten goede komen aan de

kwaliteit van de bewijsverzameling en de beoordeling van de resultaten daarvan. Juist in een adversariële structuur kan de waarde van dialectiek zich immers optimaal verwezenlijken. Bovendien kan het bijdragen aan de eerlijkheid van het vooronderzoek. Ook wanneer toegang tot informatie, mogelijkheden tot onderzoek of andere verdedigingsrechten daarin vanwege strafvorderlijke belangen worden beperkt, valt het immers gemakkelijk als een vereiste van eerlijkheid te zien dat de verdediging de kans krijgt zich daarover uit te laten. Zoals hiervoor bleek voorziet ons strafprocesrecht thans al in een groot aantal momenten waarop de verdediging in het vooronderzoek van zich kan laten horen. Zo kan de verdediging verzoeken om inzage in processtukken, het verrichten van bepaalde onderzoekshandelingen en soms ook het doen van tegenonderzoek. De weigering daarvan door de officier van justitie kan de verdediging veelal aan de orde stellen bij de rechter-commissaris. Bij beperking van rechten van de verdediging omwille van strafvorderlijke belangen, voorziet de wet in bepaalde gevallen in het recht voor de verdediging haar opvattingen daarover kenbaar te maken. Het Wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris⁸⁷ en het Wetsvoorstel herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken⁸⁸ bieden in dit opzicht nog enkele aanvullingen en kleine versterkingen van verdedigingsrechten. Maar hier belangrijker is wellicht dat deze voorstellen ook voorzien in een herpositionering van de rechter-commissaris en de officier van justitie. ‘De rechter-commissaris opereert niet meer primair als onderzoeksrechter, maar als “rechter in het vooronderzoek” die toezicht houdt op het goede verloop van het vooronderzoek en die op verzoek van de officier van justitie en van de verdachte onderzoekshandelingen verricht.’⁸⁹ De officier van justitie wordt daarbij nog nadrukkelijker de leider van het vooronderzoek⁹⁰ en deze gaat ingevolge het tweede wetsvoorstel zelfstandig de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van het procesdossier dragen.⁹¹ Het gevolg van dit alles is dat de rechter verder van het onderzoek en meer boven het Openbaar Ministerie en de verdediging komt te staan, zodat het Openbaar Ministerie en de verdediging juist directer tegenover elkaar komen te verkeren.

De toename van verdedigingsrechten in het vooronderzoek en de herpositionering van de betrokkenen daarin impliceren een inhoudelijke respectievelijk processtructurele ontwikkeling naar een meer adversarieel vooronderzoek. Dit kan eveneens voor de verdachte verstrekkende consequenties hebben. Ook nadelige. Zo is het ook mijn indruk dat as-

85 EHRM 12 mei 2000, *Khan v. the United Kingdom*, Appl. 35394/97, par. 34-40, NJ 2002, 180, m.nt. T. Schalken, *NTM (NJCM-Bul.)* 2000, p. 1255 e.v., m.nt. E. Myjer. Zie meer recent EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 88-91, *NTM (NJCM-Bul.)* 2010, p. 413 e.v., m.nt. J. Van de Voort.

86 Vgl. de voorgestelde verplichting om verdachten schriftelijk van hun rechten in kennis te stellen in art. 14 van het Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over bepaalde procedurele rechten in strafprocedures binnen de gehele Europese Unie, Brussel, 28 april 2004, COM(2004) 328 def.

87 *Kamerstukken II*, 32 177.

88 *Kamerstukken II*, 32 468.

89 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 3, p. 2 (MvT).

90 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

91 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 468, nr. 3, p. 4 en 16-17 (MvT).

sertievere gebruikmaking van verdedigingsrechten reeds heeft geleid tot een afnemende bereidheid van de rechter om verantwoordelijkheid te nemen voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces.⁹² Een verdere ontwikkeling naar een meer adversarieel vooronderzoek zal dit proces gemakkelijk kunnen versterken. Daarbij is ook van belang dat onder de autoriteiten de verantwoordelijkheid om ook met de belangen van de verdachte rekening te houden meer eenzijdig bij het Openbaar Ministerie terechtkomt. Niet alleen is het immers de officier van justitie die de volledige leiding over het vooronderzoek krijgt, maar in het verlengde daarvan zal ook de controle door de rechter van het vooronderzoek met het oog op de belangen van de verdachte afstandelijker worden. Omdat het Openbaar Ministerie in deze verhoudingen bovendien meer direct tegenover de verdediging komt te staan, bestaat het risico van een cultuurswisseling waarin de officier van justitie zich verder van magistraat tot partijdig opponent van de verdediging ontwikkelt. In dat geval verliest de verdachte niet alleen de bescherming die de rechter hem thans biedt, maar ook die waarin het Openbaar Ministerie in het huidige stelsel nog voorziet.⁹³

Een en ander zou tot gevolg hebben de verdediging steeds meer op zichzelf zal zijn aangewezen. Wanneer de verdachte en zijn raadsman daarbij voldoende verdedigingsrechten ter beschikking hebben, hoeft dat niet per se een probleem te zijn. Sterker nog: voor een kwalitatief hoogwaardige verdediging die bovendien voldoende tijd en faciliteiten heeft, kan een dergelijk stelsel aantrekkelijker zijn dan het huidige, omdat het dan grotere invloed op het vooronderzoek zou kunnen uitoefenen dan thans het geval is. Maar wanneer de verdediging beschikbare verdedigingsrechten onbenut laat of daarbij inferieure argumentaties aanvoert, kan dit betekenen dat zij deze rechten of haar belangen in zoverre verspeelt.⁹⁴ Een verdachte die het met gebrekkige rechtsbijstand moet doen, is in een adversarieel systeem bovendien in beginsel slechter af dan in een modern inquisitoir systeem, waarin de autoriteiten meer nadrukkelijk ook verantwoordelijkheid nemen voor zijn belangen. Zorgwekkend is dan ook dat de kwaliteit van de advocatuur in strafzaken thans bij lange na

niet over de volle breedte van een zodanig niveau is als waarvan de wet en rechtspraak steeds meer lijkt uit te gaan.⁹⁵ Erop gelet dat het vooronderzoek in de genoemde wetsvoorstellen nu eenmaal meer adversarieel van structuur wordt – en nogmaals: dat is zeker niet alleen nadelig – ontkomt de verdediging er dan ook niet aan zo actief en alert mogelijk van haar verdedigingsrechten gebruik te maken. Daarbij lijkt het raadzaam de in deze bijdrage beschreven ontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM goed te volgen. Maar ondertussen is het gelet op het voorgaande noodzakelijk dat de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie het ook in de nieuwe verhoudingen als een uitdrukkelijk onderdeel van hun taak blijven zien om de rechten van de verdachte adequaat te verzekeren. Alleen dan zal de ontwikkeling naar meer adversarialiteit voor alle betrokkenen gunstig kunnen uitvallen en de kwaliteit van zowel het vooronderzoek als eindonderzoek kunnen bevorderen.

92 Zie aldus Ties Prakken & Taru Spronken, *Handboek verdediging*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 12.

93 Vgl. P.A.M. Mevis, 'Wetsvoorstel versterking rol RC: toch maar doen', *DD* 2009, 50, p. 652 (pnt 2), die ervan uit lijkt te gaan dat een dergelijke ontwikkeling zich juist niet zal voordoen.

94 Zie voor A.J. Machielse, 'Straf(proces)rechtsverwerking?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Een procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, p. 123-127. Dat geldt niet alleen in Nederland maar ook bij het Straatsburgse Hof; zie EHRM 10 november 2005, *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*, Appl. 54789/00, par. 67; EHRM 25 oktober 2007, *Lebedev v. Russia*, Appl. 4493/04, par. 90.

95 Zie ook P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, p. 567-569, met verwijzing naar diverse soortgelijke observaties, onder andere vanuit de advocatuur zelf.